

PRÉFACE

L'ouvrage qu'on va lire aborde une des questions les plus difficiles et les plus controversées en droit constitutionnel comparé. Thomas Hochmann montre comment des pays de tradition politique et constitutionnelle différente limitent la liberté d'expression au regard des affirmations portant sur la shoah et d'autres crimes de masse, ne le font pas ou ne le font que dans une très faible mesure. Tout en protégeant généralement la liberté de dire ce que l'on pense et la liberté de la recherche historique, l'affirmation selon laquelle le génocide du peuple juif n'aurait pas été mis en exécution par le régime nazi ou n'aurait eu lieu que dans des proportions négligeables est considérée comme répréhensible dans les pays qui ont été affectés par les actes de ce régime. Cette particularité de certains pays européens s'oppose aux conceptions de beaucoup d'autres Etats et suscite, hier et aujourd'hui beaucoup d'interrogations politiques et juridiques. Thomas Hochmann a entrepris de dresser le tableau le plus précis possible sur le plan juridique. Il reconstruit l'arrière plan de philosophique et politique de la question et livre une analyse comparative d'une méthodologie impeccable qui différencie et nuance ces structures juridiques et contribue, de manière critique et nuancée, à la meilleure compréhension des droits fondamentaux¹.

La liberté d'expression constitue sans aucun doute l'une des conquêtes fondamentales du libéralisme politique et de la démocratie, sa protection constitutionnelle et juridictionnelle la confirme dans les formes et techniques de l'Etat de droit. Elle constitue la condition de toute discussion critique et, partant, de toute recherche scientifique. Cependant, même lorsque sa garantie est la plus poussée et la plus fortement enracinée, elle n'est jamais absolue. D'autres droits et d'autres principes constitutionnels la limitent. Et différents ordres juridiques le font de manière bien différentes, alors que ces régimes peuvent être également attachés aux valeurs démocratiques et donc au caractère indispensable du débat, même si ce débat devait heurter des sensibilités par ailleurs parfaitement respectables.

Est-il envisageable de limiter cette liberté de telle façon que certaines affirmations tomberaient sous le coup de la loi pénale ? Les systèmes juridiques les plus libéraux ont toujours admis que la parole pouvait causer un tort et engager la responsabilité de son auteur et la transcription juridique de ce principe constitue naturellement une limite substantielle de la liberté d'expression dont

¹ Cette thèse de doctorat a été soutenue devant un jury composé des professeurs Constance Grewe (Université de Strasbourg), David M. Rabban (University of Texas), Dominique Rousseau (Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne), Michel Troper (professeur émérite à l'Université de Paris X Nanterre) ainsi que de l'auteur de ces lignes, directeur de la recherche. Le jury – dont certains membres ne partageaient pas les options théoriques du candidat et de son directeur – lui a décerné la Mention Très Honorable avec les Félicitations et a relevé la parfaite maîtrise des ordres juridiques étudiés (France, Allemagne, Autriche, Etats-Unis), la grande finesse des analyses proposées et la rigueur impeccable de l'argumentation.

PRÉFACE

l'ajustement précis peut s'avérer délicat et présenter, de pays en pays, de notables différences. Un problème d'une nature particulière apparaît au lendemain des grandes tragédies de l'histoire. L'Europe présente ici un profil particulier et sans doute inimaginable avant les faits. Dans les pays qui ont connu le nazisme, activement ou passivement ou les deux, ont été perpétrés les crimes de masse les plus odieux que l'humanité ait dû affronter, l'extermination planifiée, industriellement mise en œuvre et honteusement dissimulée de millions de juifs européens et d'autres groupes considérés comme des obstacles au déploiement de l'espace de vie d'un peuple « supérieur ». Ces actes, exercés par leurs citoyens ou par des forces d'occupation ou les deux, et que l'on désigne, en vertu de leur caractère proprement incompréhensible, par le nom de « shoah », ont acquis un statut unique dans le regard que ces pays portent sur leur histoire et sont devenus des éléments constitutifs de leur identité politique. La République fédérale d'Allemagne se définit comme l'antithèse du régime que l'Allemagne a connu avant le 8 mai 1945. Les actes fondateurs de la 2^{ème} République d'Autriche sont conçus en contraposition radicale par rapport à « l'Anschluss » que lui avait imposé l'Allemagne et qu'elle considère alors comme nul et non avvenu². La Constitution française du 27 octobre 1946 s'affirme comme l'incarnation d'une tradition victorieusement opposée au nazisme. L'article XII des dispositions transitoires de la Constitution italienne du 27 décembre 1947 interdit la réorganisation sous quelque forme que ce soit du parti fasciste dissous et tout le document est fortement marqué par la volonté d'une nette rupture avec les conceptions qu'il propageait. Les régimes communistes établis en Europe centrale et orientale après 1945 ne sont certainement pas des exemples d'Etats de droit démocratiques, mais le projet communiste se prévalait, dans ces pays, d'une légitimité que lui conférait son opposition radicale au fascisme et au nazisme.

De telles positions sont naturellement absentes des textes fondateurs des Etats-Unis ou du Royaume-Uni ou d'autres Etats qui n'ont pas connu l'application de ces idéologies sur leur territoire et avec le soutien de leurs propres citoyens. Les régimes démocratiques post-fascistes européens ont intégré dans leur Constitution des éléments visant à exclure des idées anti-démocratiques et, plus spécifiquement, des idées nazies et fascistes. Pareille opération « militante » limite les droits fondamentaux et exige, dans un Etat démocratique constitutionnel par hypothèse une formalisation elle même constitutionnelle qui peut varier en intensité comme en substance. Toute constitutionnalisation de la

² Ce sont les termes de la Déclaration d'indépendance du 27 avril 1945 (StGBl 1/1945 <Gazette officielle no. 1 du 1^{er} mai 1945>). On notera que cette proclamation développe une narration reconstructive et prospective que l'on pourra assurément discuter sous bien des aspects et notamment le fait que l'Autriche y soit globalement présentée comme une victime entièrement étrangère aux actes. Ce n'est pas ici le lieu de discuter l'implication active de citoyens autrichiens dans la préparation de l'Anschluss ou dans l'acceptation opportuniste de sa réalisation. On ne discutera pas non plus, ici, du caractère moralement ou politiquement approprié des positions allemandes, autrichiennes, françaises, italiennes – ou autres – d'après-guerre par rapport au nazisme ou au fascisme. Une telle discussion, éminemment nécessaire et en constante évolution doit en effet tenir compte de la manière dont ces Etats ont articulé leurs visions sur le plan juridique.

LE NÉGATIONNISME FACE AUX LIMITES DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION

démocratie constitue déjà une restriction de la démocratie majoritaire stricte puisque celle-ci ne s'applique plus que dans un domaine limité et que cette limitation ne peut être modifiée que par un consensus supramajoritaire. La constitutionnalisation de l'interdiction d'un parti et, partant, de ses idées, renforce spécifiquement cette limitation. L'interdiction constitutionnelle de l'expression de certaines idées vise en premier lieu précisément celles qui mettent en cause la nature du régime démocratique et des droits fondamentaux³.

Les actes visés par ces limitations constituent des menaces directes pour la démocratie constitutionnelle. Un problème d'une autre nature apparaît avec les attitudes portant sur la *négarion* de faits historiques. Ceux qui prétendent que le génocide n'aurait jamais eu lieu ou que les chiffres avancés ne seraient pas exacts ou que les circonstances retenues ne correspondraient pas aux faits se prévalent en dernier lieu de la liberté de la recherche historique et de l'impossibilité d'imposer une vérité scientifique par les moyens de la loi. En effet, la justification morale et politique des lois réprimant le négationnisme est bien plus délicate encore que celle des formes plus classiques de la démocratie militante et les opinions demeurent partagées, même parmi ceux qui n'ont pas la moindre sympathie pour les considérations des négationnistes. En vérité, aucune mesure législative n'a jusqu'à présent interdit ou limité le champ de la recherche historique sérieuse, c'est à dire suivant des canons méthodologiques réfléchis et soumis à l'évaluation critique de la communauté scientifique et bien des ajustements ont été opérés en ce qui concerne le déroulement exact des événements. En revanche, la *négarion* de la shoah constitue l'affirmation que le crime n'a pas eu lieu ou que ce n'était pas un crime et vise ainsi clairement à innocenter le régime nazi. Et si le génocide n'a pas été commis, il n'y a pas non plus à proprement parler de victimes de sorte que celles-ci se voient privées de leur statut. C'est un acte paradoxal puisque les idéologies racistes reposent justement sur l'idée qu'il serait préférable que les autres races n'existent pas, en tout cas sur les territoires revendiquées comme appartenant à l'authentique domaine des races « supérieure ». Mais le négationnisme en tant que variante du racisme contemporain honteux veut à la fois la chose – continuer à propager la conception de sa propre supériorité – et son contraire – faire croire que l'appel à l'anéantissement de la race inférieure n'aurait aucune conséquence et pourrait se réaliser de manière entièrement indolore. Le négationnisme vise ainsi à faire accepter la thèse principale du racisme – celle de la supériorité et de l'exclusive légitimité de la domination et de l'appropriation du territoire par la « race pure » – tout en faisant comme si les actes par lesquels ces positions se sont concrètement manifestés dans l'histoire n'en étaient pas la conséquence, parce qu'ils n'auraient jamais été commis ou auraient constitué le résultat de causes différentes et non imputables aux responsables de l'époque. Enfin, la négation des crimes contre l'humanité est aussi celle du caractère fondateur des régimes démocratiques construits sur les décombres des dictatures racistes, c'est à dire, indirectement mais non moins

³ Cf. Otto PFERSMANN, « Legal limits to democratic stability », in Andras SAJO (éd.), *Militant Democracy*, Eleven International Publishing, Utrecht, 2004, pp. 47-68.

PRÉFACE

clairement, des systèmes de normes visant à protéger les libertés de toutes les personnes tombant sous leur juridiction, sans égard pour tout élément qui pourrait être considéré comme une différence par rapport à leur commune appartenance à l'humanité.

Au regard du caractère fondateur de l'exclusion constitutionnelle du racisme pour ces pays, il devenait politiquement indispensable d'incriminer non seulement les attitudes activement racistes, mais aussi celles qui niaient l'existence des actes racistes les plus odieux par rapport auxquels les nouvelles conceptions démocratiques entendent s'affirmer comme des contreprojets. Les restrictions relatives à la liberté d'expression en matière de négationnisme en constituent la transposition juridique.

Il est parfaitement exact qu'il s'agit là de l'interdiction de contester des faits qui, dans cette mesure, sont juridiquement considérés comme vrais et soustraits à toute mise en question critique. On a pu en tirer l'argument que le droit cherchait ainsi à se mêler de ce qui ne peut être de son ressort : établir la vérité *historique* qui ne saurait être que le produit toujours ouvert de la recherche propre à cette discipline. Cette objection n'est pas convaincante. Tout d'abord, les normes ne sont ni vraies ni fausses, elles ne sont pas contrariées par le statut vérifonctionnel d'un énoncé et à l'inverse, la vérité ou la fausseté d'un énoncé ne se laisse pas établir par voie normative. En effet, la norme juridique ne prétend nullement ni ne saurait dire ce qui est vrai ou faux, mais permettre, interdire ou rendre obligatoire un ensemble d'actions, et, dans le cas qui nous intéresse, elle interdit de considérer comme fausses certaines connaissances historiques, établies de manière indépendante. Autrement dit, rien n'empêche un législateur de réprimer certaines prises de parole, peu importe qu'elles soient vraies ou fausses⁴. En deuxième lieu, l'interdiction n'empêche pas la recherche historique, elle réprime l'affirmation de la fausseté de faits que la recherche historique n'a fait que confirmer. La limitation de la liberté d'expression est juridiquement parfaitement possible et dans certaines circonstances, elle peut être considérée comme moralement et politiquement souhaitable. Les pays où cette conception a rencontré un consensus significatif se sont dotés d'instruments juridiques qui la mettent en œuvre. Ils constituent l'objet principal de la thèse.

⁴ Les fondations juridiques reposent souvent sur des reconstructions du passé qui n'ont de valeur qu'en tant qu'elles entraînent des effets juridiques pour l'avenir. L'ordonnance du 9 août 1944 sur le rétablissement de la légalité républicaine affirme que la République n'a jamais cessé d'exister. Il s'agit historiquement d'une affirmation fautive dans la mesure où le régime de Vichy a bien existé et que cette même ordonnance en reprend certains actes. On dira alors qu'il n'a pas existé en droit, qu'il n'était qu'un régime de fait. Mais aussi triste que cela puisse paraître, même cette affirmation est hautement contestable. Il y a bien eu, sur le territoire français, une autorité qui a édicté des normes entre 1940 et 1944. Au regard de ce régime, les actes du gouvernement de la France libre constituaient des actes de fait. Le régime de Vichy est simplement devenu rétroactivement de fait par l'effet normatif de l'ordonnance du 9 août 1944 ; la République n'a jamais cessé d'exister, rétroactivement et en vertu de cette même ordonnance. Mais d'une manière générale, ce qui relève du droit et ce qui relève du fait, parmi les actes ayant un statut sémantique prescriptif, résulte de la supposition de validité sous laquelle ont les conçoit, en soi, aucun acte n'est plus juridique qu'un autre.

LE NÉGATIONNISME FACE AUX LIMITES DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION

Le premier problème que rencontre Thomas Hochmann est conceptuel. Il constitue l'une des difficultés trop souvent sous-évaluée de la recherche en droit comparé. Il s'agit de déterminer l'objet de l'enquête indépendamment de la terminologie concrète dans l'ordre juridique concerné. On appréciera tout particulièrement l'effort de l'auteur en ce domaine. Il s'agit en effet de cerner l'objet d'une manière qui ne soit ni trop lointaine de nos conceptions intuitives ni trop prisonnières de leurs imprécisions, ni trop étroite afin de pouvoir exposer des différences pertinentes ni trop larges en vue de garder un domaine clairement délimité⁵.

La difficulté majeure et l'enjeu méthodologique de la recherche réside ensuite dans la combinaison d'un comparatisme permettant de restituer les différences significatives entre les ordres juridiques considérés et d'un normativisme positiviste qui ne considère son objet que sous le seul angle du droit effectivement posé. Si Thomas Hochmann reconstruit les arguments favorables ou opposés à une répression du négationnisme, il tient à juste titre à ne pas confondre le problème du fondement moral et politique d'une telle restriction ponctuelle de permissions d'agir généralement garanties de son organisation juridique concrète. Notre auteur montre la mise en œuvre concrète de la limitation d'une liberté fondamentale. Il s'agit d'une question de dogmatique comparée des droits fondamentaux.

Cela veut dire d'abord qu'une limitation d'une liberté constitutionnelle ne peut trouver son fondement que dans la Constitution elle-même ou dans une norme internationale dans la mesure où de telles normes limitent la compétence de l'ordre juridique considéré et lui imposent, selon des modalités spécifiques, le respect de certaines obligations supranationales. Mais cela veut dire aussi que les concrétisations de ces limitations doivent à leur tour avoir un fondement suffisant dans les normes qui déterminent leur validité et modulent leur *calcul des défauts*. Et c'est assurément dans ce domaine que l'on rencontre les plus vigoureuses controverses.

Deux tendances majeures s'opposent aujourd'hui dans la doctrine constitutionnelle, comparatiste et relatives aux droits fondamentaux : le jurisprudentalisme et le normativisme critique. Pour la position sans doute dominante aujourd'hui, les normes relatives aux droits et libertés sont élaborées par les juridictions chargées de leur protection effective. Cette conception *jurisprudentaliste* présente un fort attrait pour deux raisons différentes et complémentaires : la construction de la connaissance juridique à partir de son élaboration concrète et la généralité résultant d'un travail de justification. Au lieu de s'arrêter à l'étude du texte de la Constitution ou des lois qui les concrétisent, elle s'intéresse à leur application concrète, à la différenciation casuistique, à la configuration finale donnée au domaine de l'étude. Alors que la Constitution paraît lointaine et insaisissable, le cas semble proche, saisi sur le vif, différencié

⁵ Cf. Otto PFERSMANN, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », in : *Revue Internationale de Droit Comparé* 2001, p.275-288.

PRÉFACE

par les multiples et imprévisibles aspects de l'espèce et porté par un travail de justification que le juriste pourra apprécier dans sa construction, son articulation argumentative et dans le détail de son positionnement. Le deuxième aspect se loge précisément dans cet élément en principe opposé au caractère concret du cas particulier. Le jurisprudentielisme expose en tant que normativité générale un commentaire de la motivation offerte par la juridiction. A nouveau, on comprend l'attrait de cette démarche qui restitue les raisons d'une décision et montre comment elles peuvent être comprises comme les véritables normes de la « constitution effective ». La généralité des normes jurisprudentielles sera toujours plus spécifique que celles des données constitutionnelles et leur abstraction toujours plus concrète⁶.

Le *normativisme critique* attaque cette position de plusieurs points de vue⁷. Pour cette conception, le cas concret ne peut être apprécié qu'à la lumière des normes dont il dépend. Il s'agit, en d'autres termes de penser l'espèce à partir de la norme – ici, constitutionnelle – qui le régit et non la norme à partir du cas qui est sensé en constituer la concrétisation. En effet, si le cas faisait la norme, il serait ou bien dépourvu de fondement et ne pourrait même pas être qualifié de décision de justice ou bien il n'y aurait pas de système juridique parce que chaque cas serait à lui seul un ordre normatif sans lien avec les autres données – normes constitutionnelles, lois, autres décisions etc. – que l'on considère pourtant comme faisant également partie du même système. Il s'ensuit que la concrétisation des normes relativement plus générales et abstraites par la voie de normes relativement plus particulières et concrètes est elle-même juridiquement organisée et que la production de normes inférieures selon l'ordre de la production est déterminée par un calcul des défauts, c'est à dire la mise en œuvre d'effets juridiques résultant de l'édition d'actes normatifs « fautifs » – étant valide mais n'ayant pas respecté l'ensemble des exigences les concernant. Un acte normatif valide fautif est une norme qui peut être annulée, modifiée ou désappliquée par un organe ayant pour mission de contrôler la conformité de la

⁶ Le jurisprudentielisme réunit paradoxalement deux tendances incompatibles entre elles : le « réalisme » qui cherche à cerner le droit dans ses manifestations concrètes et empiriquement effectives d'une part et le « positivisme jurisprudentiel » qui cherche à dégager un système à partir d'un ensemble de décisions rendues d'autre part. Le réalisme se subdivise à son tour selon qu'il vise à fournir des données permettant de prédire le comportement des acteurs ou selon qu'il ne considère que rétrospectivement les actes énonçant des solutions concrètes (qualifiés – par erreur selon nous – « d'interprétations ») et refuse toute forme de prévision. Le positivisme jurisprudentiel considère à la fois les décisions rendues comme des application de la constitution ou plus généralement des normes supérieures et comme leur recodification effective. Pour une critique détaillée de ces positions, cf. Otto PFERSMANN, « Contre le néo-réalisme. Pour un débat sur l'interprétation », in : *Revue Française de Droit Constitutionnel* no. 0, 2002, p. 279-334 et no. 52, 2002, p. 789-836 ; Otto PFERSMANN, « Relativité de l'autonomie ontologique, confirmation de l'autonomie disciplinaire institutionnelle, paradoxe de l'hétéronomie épistémologique », in : Bertrand MATHIEU (dir.), 1958-2008. Cinquantième anniversaire de la Constitution française, Paris Dalloz 2008, pp. 527-544.

⁷ Pour une présentation de la position normativiste relative à la place des actes juridictionnels, cf. Otto PFERSMANN, « La production des normes : production normative et hiérarchie des normes », in : Michel TROPER, Dominique CHAGNOLLAUD (sld.) *Traité international de droit constitutionnel*, vol. 2, Dalloz 2012, pp. 483-528.

LE NÉGATIONNISME FACE AUX LIMITES DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION

production normative. Pour le normativisme critique, le jurisprudentielisme n'est pas en mesure de tenir compte des exigences juridiquement normatives pesant sur la concrétisation, fût-elle par voie de décision juridictionnelle et arrive ainsi au résultat paradoxal que tout décision applicative est non seulement correcte, mais aussi que c'est elle qui crée la norme dont elle dépend. En deuxième lieu, les motivations de décisions jurisprudentielles ne peuvent pas être des normes. En effet, s'il s'agit véritablement de justifications de la solution retenue, les considérants présentent un statut explicatif, les énoncés qui les composent sont vrais ou faux selon qu'ils rendent correctement compte de la substance des normes appliquées (« l'interprétation ») et des choix opérés entre plusieurs solutions possibles (« arguments décisionnels »). S'ils étaient des normes, il ne pourraient être ni vrais ni faux et ne pourraient pas constituer d'explication, ni par conséquent de justification de la décision rendue. Paradoxalement, là encore, le jurisprudentielisme entend renforcer l'Etat de droit en insistant sur le travail applicatif et concret des instances chargées de protéger les droits, et, plus généralement, de garantir la conformité à la Constitution et prive ces mêmes instances de l'élément principal de leur légitimité (juridiquement organisée) : leur obligation de rendre compte des raisons des solutions retenues.

L'apparente faiblesse du normativisme consiste alors, au regard de ses critiques jurisprudentielistes, dans le fait de ne pouvoir rendre compte du poids effectif des décisions concrètes dans le développement du droit. Cette objection constitue une pétition de principe, car le poids effectif d'une décision ne peut à son tour s'apprécier qu'au regard des normes qui organisent sa production et déterminent ses critères de conformité. Elle revient à dire, en dernière conséquence, que les décisions de justice sont auto-fondatrices et auto-suffisantes. Mais c'est précisément dans ce cas qu'elles ne pourraient pas avoir d'effets, du moins d'effets juridiquement organisés,

On conçoit dès lors le défi que relève cette étude au regard d'une problématique aussi complexe que celle de la limitation de la liberté d'expression quant aux faits de négationnisme.

Thomas Hochmann prend délibérément le parti d'exposer les normes qui organisent ces restrictions, mais il tient parfaitement compte des concrétisations jurisprudentielles qu'il restitue avec précision en les situant dans leur contexte juridique. Cette recherche démontre qu'il est parfaitement possible de tenir compte de la jurisprudence sans la confondre avec les normes dont elle constitue la concrétisation souvent correcte et parfois erronée.

Le travail novateur, fouillé et précis de Thomas Hochmann montre alors que les limitations de la liberté d'expression pour cause de négationnisme sont en fait beaucoup plus importantes qu'on ne le penserait à première vue. Voilà sans doute une autre raison pour repenser la jurisprudence comparée dans le contexte constitutionnel et international dont elle demeure juridiquement tributaire.

PRÉFACE

Le travail de Thomas Hochmann, on ne l'oubliera pas, part d'un engagement éthique clairement assumé⁸. L'achèvement de son étude présente l'immense mérite de l'avoir tenu présent à l'esprit sans le confondre avec la question juridiquement pertinente : la répression du négationnisme est-elle constitutionnellement admise dans certains ordres juridiques ?

Otto PFERSMANN
Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

⁸ Thomas HOCHMANN a codirigé un ouvrage collectif *Genocide Denials and the Law* paru en 2011 chez Oxford University Press.